

CONCEPTO 207429 DE 2014

(noviembre 30)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

MINISTERIO DE TRABAJO

Bogotá D.C

Señor

ENRIQUE ROMERO CONTRERAS

Director Regional Distrito Capital

Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA

Carrera 13 No. 65-10

Bogotá

ASUNTO: Radicado 170037

Laboral individual - Aprendiz emparazada

Respetado señor Romero:

De manera atenta hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta sobre aprendiz embarazada con contrato de aprendizaje finalizado, mediante las siguientes consideraciones generales:

Al respecto, este Ministerio se pronunció mediante concepto número 00044495, de fecha diecisiete (17) de marzo de 2014, en el cual consideró lo siguiente:

Para efectos de absolver su inquietud, resulta necesario recordar algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional referentes a la materia, entre ellos, la sentencia T-[174](#) de 2011 - Expediente 2851009, Magistrado Ponente JORGE IVAN PALACIO PALACIO, que al respecto sostuvo:

“4.1. El artículo [53](#) de la Carta comprende múltiples principios relativos a la orientación de las relaciones laborales. Dentro de dichos principios se encuentra la estabilidad laboral en el empleo, que a su vez se proyecta como una garantía del Estado Social de Derecho.

4.2. Dicha estabilidad laboral tiene además un carácter reforzado en las mujeres trabajadoras que se encuentran en estado de gravidez o lactancia, en la medida en que deben gozar de una protección especial que garantice su permanencia en el empleo, para así poder obtener los correspondientes beneficios tales como salarios y prestaciones, de manera que se proteja a la madre trabajadora y al niño que está por nacer o que tiene escasos días o meses de vida.

Lo anterior, sin Importar si se está o no en contra de la voluntad del empleador, ya que el mero hecho de estar embarazada o en fuero de maternidad no se convierte en una justa causa de despido. De este modo, **la simple terminación del contrato no constituye excusa válida para no renovar o retirar de la actividad laboral a la trabajadora en dicha situación.**⁽¹⁾ (negrilla

fuera de texto)

“...entrando al marco legal colombiano, se observa que tanto el código sustantivo del trabajo como la jurisprudencia desarrollan la estabilidad laboral reforzada por estado de gravidez o lactancia en la mujer trabajadora, junto con los beneficios de ser padres en el desarrollo de un contrato laboral. Se destacan, entre otras, las siguientes reglas: [\(2\)](#)

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho al pago de una licencia por maternidad de 12 semanas, equivalentes a 84 días, remuneradas con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso durante la época del parto. [\(3\)](#)

2. Sin importar el tipo de vinculación laboral, y siempre que no haya otra circunstancia que justificadamente autorice el despido, se proporcionará la protección a las mujeres trabajadoras durante el embarazo y el periodo de lactancia de los 3 meses posteriores al parto.

3. Todos los efectos de la licencia por maternidad de la trabajadora que sea madre biológica se harán extensivos en los mismos términos y en cuanto fuere procedente para la madre adoptante de menor de edad, asimilando la fecha del parto con la fecha de entrega oficial del menor que se adopta.

En igual sentido, la licencia se extenderá al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador o trabajadora pública.

4. Los padres (hombres), tendrán derecho al pago de 8 días hábiles de licencia remunerada, (i) incompatible con la licencia otorgada por calamidad doméstica, (ii) que se podrá solicitar en los 30 días posteriores al parto, (iii) cuyo pago estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá al hombre simplemente el pago de las cotizaciones de las semanas correspondientes al periodo de gestación y en los términos que se reconoce la licencia de maternidad.

5. En caso de aborto o parto prematuro no viable, la trabajadora tendrá derecho al pago de descanso remunerado, siempre y cuando allegue al empleador los soportes pertinentes.

6. Durante los seis meses posteriores al parto el empleador estará en la obligación de conceder dos descansos de 30 minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para amamantar a su hijo, sin que por ello se efectúe descuento alguno.

7. La prohibición de despedir a la trabajadora comprende el periodo de lactancia (es decir los tres meses posteriores al alumbramiento). ”

Igualmente se ha establecido el modo en que deben proceder los empleadores sin importar el tipo de contrato:

“(i). Prohibición de despedir trabajadoras por motivo de embarazo o lactancia (Art. [239](#) CST). Subrogado por el artículo [35](#) de la ley 50 de 1990. Este artículo establece que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. En tal razón, se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sin mediar autorización de la autoridad competente en materia laboral. [\(4\)](#)

(ii) Se debe solicitar permiso previamente para despedir a una trabajadora durante el período de

embarazo o los tres meses posteriores al parto⁽⁵⁾ y los despidos que se comuniquen durante tales periodos de protección carecen totalmente de efectos y se entiende nulo (Art. [240](#)). ⁽⁶⁾

(iii) Otro de los requisitos que la Corte había sostenido como necesario para proteger a la trabajadora gestante, consistía en que el empleador debía conocer su estado de embarazo, situación que debía ser notificada de manera oportuna. Sin embargo, dicho requisito no es exigido cuando el estado de embarazo es evidente o notorio o bien cuando “la trabajadora se vio obligada a ausentarse temporalmente de sus labores por motivo del embarazo y presentó a su empleador una certificación médica sobre incapacidad donde claramente se señala el estado de gravidez como la causa de la incapacidad.”⁽⁷⁾

... Esta Sala considera necesario señalar que a partir del momento en que se da el fenómeno natural de la concepción durante cualquier relación laboral, sin importar la vinculación, nace el fuero por maternidad. En esa medida, dicha protección se debe desarrollar en pro del amparo de la madre trabajadora y del niño que está por nacer, tal y como lo señala la Constitución, (subrayado fuero de texto)”

De la misma manera, la Corte abordó el alcance del contrato de aprendizaje en materia de protección al principio constitucional de estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo, al respecto expresó:

"... es necesario recordar que no solamente el Estado es responsable de proteger la vida, la maternidad, el trabajo, el mínimo vital, los derechos del que está por nacer y la salud de los asociados; estas garantías, como todos los derechos fundamentales, deben también ser resguardadas por los particulares, y se convierten por ello en su responsabilidad constitucional. Puede decirse, entonces, que la protección a la persona humana se concreta frente a los actos u omisiones tanto del estado como de los particulares. Esto en razón a que, como en el Estado Social de Derecho, se busca la primacía de la protección y el bienestar del individuo y aún más cuando se trata de sujetos de especial amparo constitucional.

Lo anterior con base en la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, en el que el Constituyente de 1991 fundó el principio de solidaridad social como una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un principio que, sin duda, recuerda la vocación humana de vivir en sociedad y resalta la necesidad de la cooperación mutua para alcanzar el bienestar y la tranquilidad.

Así las cosas, en razón a los principios de solidaridad, estabilidad laboral reforzada y protección laboral de la mujer en estado de embarazo y del que está por nacer, y conforme a nuestro Estado Social de Derecho, es propio señalar que **aunque el contrato de aprendizaje no tiene la naturaleza de un contrato laboral, si se equipara a éste como modalidad especial dentro del derecho ordinario laboral en lo concerniente a la protección del fuero por maternidad, como consecuencia del traslado de algunos de los elementos propios de la legislación laboral permitiendo de esta manera: (i) la ampliación de dicha protección; (ii) la activación del fuero por maternidad previsto en el ordenamiento; (iii) el cumplimiento de la finalidad del Estado social de derecho; y (iv) la materialización del deber tanto del Estado como de los particulares, de proteger los derechos fundamentales.** En consecuencia, existe la plena obligación por parte de la empresa patrocinadora de brindar a la aprendiz en estado de embarazo:

(i) Estabilidad reforzada durante el contrato de aprendizaje y el periodo de protección por fuero de maternidad.

(ii) Pago de las cotizaciones correspondientes a salud sin importar en que etapa del contrato de aprendizaje se encuentre.

(iii) Pago del correspondiente apoyo de sostenimiento.

De manera que **sin importar que inicialmente se haya pactado como duración del contrato de aprendizaje un periodo de tiempo determinado, la trabajadora vinculada por contrato de aprendizaje que quedase en estado de embarazo durante su desarrollo, gozará de su especial protección constitucional de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento laboral.”**
(Negrilla fuera de texto)

En sentencia T-[906/07](#) expediente T-1.648.688 -Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, la Corporación señaló

“...en consecuencia esta Sala concluye que a pesar de que el contrato de aprendizaje no tiene la connotación del contrato laboral, para aquellos en los cuales los sujetos de amparo son la madre gestante y el niño que está por nacer, por la categoría de especialidad que tiene el contrato de aprendizaje, algunos de sus elementos son trasladados al ordenamiento laboral generándose la activación inmediata del fuero de maternidad”

Conforme a lo expuesto en precedencia, deben garantizársele los derechos que le asisten a la aprendiz en estado de embarazo, pues de ella también se pregona la estabilidad laboral reforzada, que debe reflejarse en los beneficios que otorga la ley laboral a las mujeres en gravidez, los cuales deben aplicarse sin restricción alguna al contrato de aprendizaje.

Así las cosas, la empresa patrocinadora no podrá dar por terminado el contrato de aprendizaje por motivo de embarazo o lactancia, tampoco por la expiración del término establecido en el contrato de aprendizaje, por el contrario, según lo establecido por la Corte Constitucional, la empresa patrocinadora, debe garantizar el vínculo durante el periodo de gestación y en la etapa de lactancia, correspondiente a tres meses posteriores al parto, pero además debe continuar con los aportes a salud y el pago del apoyo de sostenimiento durante este periodo. La única excepción se presenta cuando el inspector del trabajo concede el permiso correspondiente para terminarle el contrato de aprendizaje a la aprendiz en embarazo.

Así las cosas, para dar por terminado el contrato de una aprendiz con fuero de maternidad, la empresa patrocinadora deberá solicitar la autorización al Inspector de Trabajo, aduciendo una justa causa, pues la terminación del contrato de aprendizaje sin el cumplimiento de los requisitos expuestos, no produce ninguna consecuencia jurídica como lo señala el Artículo [241](#) del Código Sustantivo del Trabajo.

Por otra parte, se observa oportuno acudir a lo manifestado por la Corte Constitucional, la cual, mediante sentencia de unificación SU [070](#) de 2013, efectuó un análisis extensivo en aras de contar con una posición clara y uniforme frente a la protección a la maternidad, en atención a los distintos tipos de vinculación en que podría encontrarse la madre, y si esta conocía o no el estado de embarazo en el momento de su desvinculación.

Al respecto la sentencia consideró:

2.2 Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:

2.2.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa.

2.2.2 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

2.2.3 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado”, (negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la manifestación sustentada en los criterios de unificación jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional, la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo. En el caso que nos ocupa se podría dar aplicación a las garantías que se establecen en las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las características del contrato de aprendizaje se encuentra la de ser un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, atendiendo a los artículos [53](#) y [43](#) de la Constitución Política, alusivos al principio de estabilidad laboral, en referencia a la protección de la mujer y de la maternidad respectivamente.

En ese mismo sentido, la misma Corporación ha señalado que en aquellos casos en los cuales la trabajadora que se encontraba vinculada, fue desvinculada al vencimiento del contrato, y el empleador conoció de su estado de embarazo una vez finalizado el vínculo contractual, la madre ex trabajadora tendrá derecho como mínimo al reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación.

Finalmente, le manifestamos que las causales para la terminación unilateral de un contrato de trabajo por justa causa están señaladas taxativamente en el Artículo [62](#) del Código Sustantivo de Trabajo. Sin embargo, éstas solo están referidas para las personas vinculadas mediante una relación laboral y no para quienes están vinculadas a través de contrato de aprendizaje, razón por la cual frente a su consulta le indicamos que no le corresponde a esta Oficina determinar cuáles son los supuestos de hecho que deben tenerse en cuenta para que se dé la desvinculación de la aprendiz en estado gestación, ya que en todo caso será un aspecto que deberá determinar la entidad al analizar si ha existido incumplimiento de las obligaciones, las cuales en todo caso no pueden ser atribuidas a su estado de embarazo.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no será de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en materia de Seguridad Social Integral
Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Corte Constitucional, Sentencia T-1202 de 2005
2. Confrontese la sentencia T-649 de 2009
3. Se hace claridad que también se Incluyen aquí las reglas concernientes a la paternidad. Esto en razón a que los padres (hombres) también tienen esta protección.
4. Adicionalmente, carece de todo efecto igualmente el despido de la servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de los trabajadores oficiales, o sin la correspondiente resolución motivado del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido en el caso de las empleadas públicas.
5. Siempre que la trabajadora se encuentre en estado de embarazo, deberá ser previamente valorada la situación por el inspector del trabajo quien concederá o improbará el permiso respectivo.

El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que este disfrutando de los descansos remunerados o licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales periodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas.
6. Corte Constitucional, Sentencia T-095 de 2008: " Sin la protección especial que confiere el Estado a la mujer embarazada, muchas mujeres no podrán optar libremente por la maternidad, dadas las circunstancias adversas que tal decisión podrá tener la situación social, económica y laboral que deben afrontar muchas de ellas".
7. Ver sentencia T-181 de 2009.
8. Artículo [30](#) de la Ley 789 de 2002.
9. Sentencia T- [906](#) de 2007
10. Que garantiza protección de la estabilidad reforzada de mujer embarazada y el amparo del que está por nacer, (confróntese con la Sentencia T- [906](#) de 2007).



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

